

Winstafdracht en het schadevereiste, mede aan de hand van een vergelijking met Zwitsers recht

Citation for published version (APA):

van Dijck, G., & Olde Wolbers, R. (2015). Winstafdracht en het schadevereiste, mede aan de hand van een vergelijking met Zwitsers recht. *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 146(7082), 928-936.

Document status and date:

Published: 01/01/2015

Document Version:

Early version submitted to journal

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Download date: 05 May. 2023

Winstafdracht en het schadevereiste, mede aan de hand van een vergelijking met Zwitsers recht.

Samenvatting. Winstafdracht wringt met het huidige schadevergoedingsrecht. Een van de knelpunten is dat het reparatoire karakter van het schadevergoedingsrecht meebrengt dat bij het bepalen van schade een vergelijking moet worden gemaakt tussen de positie waarin de benadeelde is komen te verkeren en waarin deze zou hebben verkeerd indien de gebeurtenis niet zou hebben plaatsgevonden. Mede aan de hand van een bespreking van Zwitsers recht wordt onderzocht hoe winstafdracht kan worden losgekoppeld van het schadevereiste.

1. Inleiding

Op grond van art. 6:104 BW kan degene die een onrechtmatige daad heeft gepleegd¹ en daardoor winst heeft genoten, veroordeeld worden tot afdracht van de winst of een deel ervan.² Winst dient daarbij ruim te worden opgevat: het beperken van verliezen valt er ook onder.³ Art. 6:104 BW is door de wetgever ingevoerd met het oog op, onder meer, het kunnen tegengaan van inbreuk op intellectuele eigendomsrechten en mededingingsrechten.⁴ Gedacht kan worden aan een inbreuk op een octrooirecht, waarbij aan de rechthebbende een vergoeding kan worden

* Gijs van Dijck is als universitair hoofddocent verbonden aan het Departement Privaatrecht van Tilburg University. Richard Olde Wolbers schreef zijn masterscriptie aan diezelfde universiteit over een rechtsvergelijkende analyse van de winstafdracht in het Nederlandse en Zwitserse recht. Delen van dit artikel zijn afkomstig uit zijn masterscriptie.

¹ Of door een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis aansprakelijk is.

² Schadevergoeding voor de benadeelde is dan uitgesloten, want anders zou dubbel herstel plaatsvinden, de benadeelde meer krijgen dan waar hij recht op heeft en de laedens twee keer een sanctie opgelegd krijgen, zie Rb. Rotterdam 17 oktober 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY1147, r.o. 5.8.

³ HR 18 juni 2010, *NJ* 2015, 33, r.o. 3.3.3 (*Setel/AVR Holding*).

⁴ Parl. Gesch. Invw. Boek 6, p. 1266-67 (MvA II).

toegekend omdat hij geen licentievergoeding heeft ontvangen, of aan een ongeoorloofde tariefswijziging waardoor een concurrent minder aantrekkelijk wordt voor de klandizie en een concurrent daardoor schade oploopt.⁵ Tevens heeft de wetgever aangegeven dat art. 6:104 BW ook kan dienen voor gevallen waarin de benadeelde vermoedelijk schade heeft geleden, maar schade niet of moeilijk bewijsbaar is.⁶ In de praktijk is winstafdracht (ook) toegepast op het bestrijden van illegale onderverhuur.⁷ Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan toepassing van winstafdracht in een geval van ongeoorloofd onderverhuur van een woning via Airbnb.⁸ Huurders die het gehuurde via Airbnb zonder toestemming van de eigenaar willen verhuren, dienen dan ook op hun hoede te zijn voor winstafdracht.

De voorwaarden waaronder winstafdracht mogelijk is, zijn in belangrijke mate in de jurisprudentie ontwikkeld. Zo is in *Waeyen-Scheers/Naus* bepaald dat de eiser schade slechts aannemelijk hoeft te maken in gevallen waarin er onzekerheid bestaat omtrent het schadevereiste.⁹ Voor het aannemelijk maken is ‘het niet noodzakelijk [...] dat concreet nadeel door de benadeelde wordt aangetoond [...] en vastgesteld’.¹⁰ Art. 6:104 BW vindt echter geen toepassing indien de gedaagde aannemelijk maakt dat geen schade kan zijn ontstaan als gevolg van de gedraging waarvoor hij aansprakelijk wordt gesteld.¹¹

⁵ J.G.A. Linssen, *Voordeelsafgifte en ongerechtvaardigde verrijking. Een rechtsvergelijkende beschouwing* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 317; zie HR 18 juni 2010, *NJ* 2015, 33, r.o. 3.6 (*Setel/AVR Holding*).

⁶ Parl. Gesch. Invw. Boek 6, p. 1269 (MvA II); HR 16 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU8940, *NJ* 2006, 585, r.o. 3.5.2 (*Kecofa/Lancôme*).

⁷ HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0893, *NJ* 2015, 32 (*Stichting Ymere*); Hof Amsterdam 28 januari 2014, *RVR* 2014, 50, r.o. 3.3.1. Dit geldt voor zowel woningcorporaties als particuliere verhuurders.

⁸ Rb. Amsterdam 22 oktober 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:7231.

⁹ HR 24 december 1993, *NJ* 1995, 421 m.nt. CHJB, r.o. 3.4. (*Waeyen-Scheers/Naus*). Zie voorts HR 18 juni 2010, *NJ* 2015, 32 (*Stichting Ymere*) (‘behoudens tegenbewijs’).

¹⁰ HR 18 juni 2010, *NJ* 2015, 33, r.o. 3.3.2 (*Setel/AVR Holding*); HR 18 juni 2010, *NJ* 2015, 32 (*Stichting Ymere*), r.o. 3.2.3, 3.7.

¹¹ HR 18 juni 2010, *NJ* 2015, 33, r.o. 3.3.2 (*Setel/AVR Holding*); HR 24 december 1993, *NJ* 1995, 421 m.nt. CHJB, r.o. 3.4. (*Waeyen-Scheers/Naus*).

Wat de hoogte van de winstafdracht betreft, heeft de rechter behoorlijk wat vrijheid. Het vaststellen van de schade is vooral een kwestie van waardering waar qua bewijs¹² en motivering¹³ geen hoge eisen aan worden gesteld. Vergelijkbaar met de wijze waarop schade wordt toegerekend bij de leer van de redelijke toerekening van art. 6:98 BW, geldt ook bij winstafdracht dat de mate van verwijtbaarheid, samen met andere factoren, een rol kan spelen bij het bepalen van de omvang van de winst.¹⁴ De rechter begroot de schade alleen dan op een gedeelte van de winst als aannemelijk is dat 'het door de schuldenaar behaalde financiële voordeel de vermoedelijke omvang van de schade aanmerkelijk te boven gaat'.¹⁵

Op het leerstuk van winstafdracht is kritiek geuit, kort gezegd omdat het zich niet goed verdraagt met het Nederlandse schadevergoedingsrecht en zijn uitgangspunten.¹⁶ Minder aandacht is uitgegaan naar mogelijke oplossingen.¹⁷ Dit artikel richt zich dan ook op de vraag hoe de bezwaren kunnen worden weggenomen. Meer specifiek zal worden onderzocht hoe winstafdracht kan worden losgekoppeld van het schadevergoedingsrecht. Dit gebeurt mede aan de hand van een bespreking van Zwitsers recht, waar recentelijk een vorm van winstafdracht is ontwikkeld waarin het schadevereiste is losgelaten.¹⁸ Het resultaat van onze exercitie zal zijn dat er afstand dient te worden genomen van het traditionele reparatoire karakter van het schadevergoedingsrecht wat winstafdracht betreft. Het Zwitserse recht geeft inspiratie over hoe

¹² HR 12 maart 2010, ECLI:NL:HR:ZOIOZBK9ISS (*X-Interpolis en Achmea*), RvdW 2010, 416, r.o. 3.4; W. Dijkshoorn & S.D. Lindenbergh, 'Schadebegroting, bewijs en waardering', *Ars Aequi* 2010, p. 541.

¹³ HR 17 februari 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AU9717 (*Royal & Sun Alliance/Polygram*) NJ 2006, 378, r.o. 4.8; P.A. Fruytier, 'De ruime benadering van de Hoge Raad bij schadebegroting op winst: een stap te ver?', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2010, p. 274.

¹⁴ C.C.H.A. Holthuisen-van der Kop, 'De redelijke toerekening en de deelregels anno 2015: een update', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2015; T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Winstafdracht', *Bedrijfsjuridische berichten* 2010, p. 129; Parl. Gesch. Invw. Boek 6, p. 344 (MvA II).

¹⁵ HR 18 juni 2010, NJ 2015, 32 (*Stichting Ymere*), r.o. 3.7.

¹⁶ Zie uitgebreider par. 2.

¹⁷ Linssen besteedt als één van de weinige auteurs aandacht aan mogelijke oplossingen, zie Linssen 2001.

¹⁸ De analyse van het Zwitserse recht is gebaseerd op een masterscriptie van een van de auteurs, zie Olde Wolbers 2015. Hondius wees reeds op het bestaan van een Zwitsers alternatief, zie E. Hondius, 'Zwitsers Verbintenissenrecht: naar een nieuw algemeen deel', *Nederlands Tijdschrift Burgerlijk Recht* 2013.

dat vorm te geven, maar uit dit artikel zal blijken dat een vertaalslag naar het Nederlandse recht noodzakelijk is.

De opzet van dit artikel is als volgt. Na een beschrijving van de kritiek op het leerstuk van winstafracht (*par. 2*) wordt winstafracht naar Zwitsers recht besproken (*par. 3*). Vervolgens gaat dit artikel in op de inpassing in het Nederlandse geldende recht (*par. 4*). In dit verband worden ook de voor- en nadelen besproken. Afgesloten wordt met een conclusie (*par. 5*).

2. Wat is het probleem?

De weg naar het toepassen van art. 6:104 BW is afgesneden in situaties waarin er geen benadeelde is die schade heeft geleden. Hierbij kan gedacht worden aan een geval waarin een door een woningcorporatie verhuurde woning weer vrijkomt na het vertrek van de illegaal onderverhurende huurder, de woningcorporatie in de periode van de illegale onderverhuur geen kosten heeft gemaakt om sneller dan normaal extra woningen in de sociale sector te realiseren om in de woonbehoeften van haar doelgroepen te voorzien,¹⁹ en de woning slechts opnieuw tegen dezelfde huurprijs verhuurd kan worden.²⁰ Omdat er geen schade is geleden, kan de rechter in een dergelijk geval de schade niet begroten op de omvang van (een gedeelte van) de winst van de schuldenaar.

De noodzaak voor het bestaan van schade hangt samen met reparatoire karakter van het schadevergoedingsrecht. Het reparatoire karakter brengt mee dat schade thans wordt vastgesteld, en de hoogte ervan berekend, door de situatie waarin de benadeelde zich bevindt te vergelijken

¹⁹ Deze kosten werden door woningcorporatie Ymere in HR 18 juni 2010, *NJ* 2015, 32 (*Stichting Ymere*) aannemelijk gemaakt, waardoor de rechter deze kosten aanmerkte als schadepost. Hierdoor was winstafracht volgens de rechter gerechtvaardigd, zie r.o. 3.2.3.

²⁰ Schelhaas heeft reeds gewezen op dit voorbeeld waarin een woningcorporatie geen schade lijdt, zie E.H.H. Schelhaas, 'De vordering tot winstafracht wegens illegale onderverhuur', 14 april 2010, <<http://www.banning.nl/publicaties/detail.html/13114/de-vordering-tot-winstafdracht-wegens-illegale-onderverhuur>> (laatst geraadpleegd 28 juli 2015).

met de hypothetische situatie waarin de benadeelde zich zou hebben bevonden indien de schadeveroorzakende gebeurtenis niet zou hebben plaatsgevonden.²¹ Een herstel in de oude toestand dus, bedoeld om de benadeelde terug te brengen in de toestand zoals die was voordat de schadeveroorzakende gebeurtenis zich voordeed.²²

Het concept van herstel in de oude toestand, dat ten grondslag ligt aan het Nederlandse schadevergoedingsrecht, staat onder druk. In een ander onderzoek wordt geanalyseerd of en hoe het schadebegrip en het concept van ‘herstel in oude toestand’, in de weg staan aan het honoreren van ‘emotionele’ behoeften.²³ De conclusie die uit die analyse volgt, is dat het aansprakelijkheidsrecht, het schadevergoedingsrecht in het bijzonder, terugkijkt. Het probleem met terugkijken is dat getracht wordt benadeelden terug te brengen in een toestand waarin zij niet meer teruggebracht kunnen worden. In het geval van ernstig letsel of bij een andere ingrijpende gebeurtenis²⁴ is het vaak moeilijk vol te houden dat een benadeelde fysiek en/of emotioneel kan

²¹ Zie bijvoorbeeld HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX9830, *NJ* 2013/48 (‘[...] de omvang van de schade wordt bepaald door een vergelijking van de toestand zoals deze in werkelijkheid is met de toestand zoals die (vermoedelijk) zou zijn geweest indien het schadeveroorzakende feit niet zou hebben plaatsgevonden’); HR 5 december 2008, *NJ* 2009, 387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Rijnstaete/Reuvers*) (‘Als uitgangspunt voor de berekening van de omvang van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding dient dat de benadeelde zoveel mogelijk in de toestand moet worden gebracht waarin hij zou hebben verkeerd indien de schadeveroorzakende gebeurtenis zou zijn uitgebleven’). Zie voorts HR 24 september 2004, *NJ* 2006, 201 (*van Gemerden-Muijlaert/Moes*); HR 28 maart 2003, *NJ* 2003, 389 (*V./Branderhorst*); HR 13 december 2002, *NJ* 2003, 212 (*B./Olifiers*); HR 15 mei 1998, *NJ* 1998, 624 (*Vehof-Vasters/Helvetia*); HR 2 november 1962, *NJ* 1963, 61 m.nt. H. Beekhuis (*De Jonge Venezo*), alsook Siewert Lindenberg, ‘Herstel bij letsel. Over juridische fundering van verplichtingen tot herstel’, in: De Groot, Hartlief, Smits & van Vliet, *Kritiek op recht: Liber amicorum aangeboden aan Gerrit van Maanen ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Universiteit Maastricht*, Deventer: Kluwer 2014; S.D. Lindenberg, *Schadevergoeding: algemeen deel 1 (Monografieën nieuw BW B-serie 34)*, Deventer: Kluwer 2008, p.16; S.D. Lindenberg & P. Mascini, ‘Schurende dilemma’s in het aansprakelijkheidsrecht – De spanning tussen financiële en relationele compensatie’, in: Van Boom, Giesen & Verheij, *Capita civilologie, Handboek empirie en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2013, p. 437; W.H. Van Boom, ‘Beter schadevergoedingsrecht begint bij beter onderscheid’, *Nederlands Tijdschrift Burgerlijk Recht* 2011, p. 163.

²² Van Boom 2011, p.163.

²³ Gijs van Dijck, ‘Emotionele’ belangen en het aansprakelijkheidsrecht. Over herstel binnen de ontstane toestand in plaats van de oude toestand’, (in voorbereiding).

²⁴ Dit speelt zelfs bij vermogensschade. Neem bijvoorbeeld de ingrijpende gevolgen van de Dexia-affaire op de persoonlijke en financiële situaties van vele klanten.

worden teruggebracht in de oude toestand. Een ander probleem met betrekking tot het faciliteren van 'emotionele' behoeften is dat de rechtspraak gericht is op het vaststellen van de omvang van de financiële schade²⁵ en dat dit op gespannen voet staat met de behoefte aan erkenning en verzoening²⁶. Zo heeft onderzoek laten zien dat de afwezigheid van niet-financiële compensatie aanleiding kan zijn voor het starten van een juridische procedure.²⁷

Het vasthouden aan een schadevereiste bij winstafracht legt een derde dimensie van het probleem met herstel in oude toestand en het schadebegrip bloot. Niet zozeer het terugkijken of de focus op financiële compensatie is hier probleem – deze aspecten zijn in het geval van winstafracht goed verdedigbaar – maar de gerichtheid op de benadeelde. Het reparatoire karakter van het aansprakelijkheidsrecht brengt mee dat winstafracht niet verder mag gaan dan het opheffen van het nadeel aan de zijde van de benadeelde.²⁸ Aan de andere kant zou het opheffen van het nadeel onvoldoende prikkels geven aan de schadeveroorzaker om onrechtmatige gedragingen te staken of achterwege te laten.²⁹ Het gaat bij winstafracht immers veel meer om rechtshandhaving dan om het opheffen van nadeel. Omdat rechtshandhaving, preventie en het tegengaan van ongerechtvaardigde verrijking, anders dan via compensatie,³⁰ niet

²⁵ E.M. Uijttenbroek & A.J. Akkermans & J.E. Hulst, 'Excuses in het privaatrecht', *WPNR* 2008; A.J. Akkermans & K.A.P.C. Van Wees, 'Het letselschadeproces in therapeutisch perspectief', *TVP* 2007.

²⁶ S.D. Lindenbergh & P. Mascini, 'Schurende dilemma's in het aansprakelijkheidsrecht – De spanning tussen financiële en relationele compensatie', in: Van Boom, Giesen & Verheij, *Capita civilologie, Handboek empirie en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2013, p. 13.

²⁷ Frederick C. Dunbar & Faten Sabry, 'The Propensity to Sue: Why do People Seek Legal Actions?', *Business Economics* 2007; Jonathan R. Cohen, 'Apology and organizations: exploring an example from medical practice', *Fordham Urban Law Journal* 2000.

²⁸ Linssen, p. 405, 650; Fruytier, p. 6. Wij gaan voorbij aan bezwaren tegen de abstracte schadebegroting, de invulling van het schade- en winstbegrip, de discretionaire bevoegdheid en bezwaren tegen de onvoorspelbaarheid van de bepaling en haar uitwerking. Diverse auteurs, zoals Fruytier, Deurvorst en Wolf hebben hier al ruim aandacht aan besteed.

²⁹ Tjong Tjin Tai, p. 128; P.G.F.A. Geerts e.a., 'Oneerlijke handelspraktijken: praktijkervaringen in België met de sanctie van artikel 41 WMPC' 2011, p. 61.

³⁰ M. van Kogelenberg, 'Winstafoming na wanprestatie: een rechtsvergelijkende analyse', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2014, p. 836; T.F.E. Tjong Tjin Tai, p. 128; Linssen, p. 650.

goed passen binnen het huidige schadevergoedingsrecht,³¹ verdient winstafdracht volgens sommigen een zelfstandige grondslag.³²

De inbedding van winstafdracht is bovendien ‘gekunsteld’: het plaatsen van de figuur van winstafdracht binnen het schadevergoedingsrecht brengt mee dat het afkomen van winst alleen mogelijk is indien vast komt te staan dat schade is geleden.³³ Het centraal stellen van het begrip ‘schade’ in plaats van ‘winst’³⁴ maakt het moeilijk om schadevergoeding te begroten op de omvang van de genoten winst.³⁵ Linssen heeft het schadevereiste daarom scherp bekritiseerd. Hij stelt dat art. 6:104 BW betrekking heeft op het ongedaan maken van de vermogensvermeerdering bij de schuldenaar³⁶ en dat bescherming wenselijk is indien de schuldenaar onbevoegd inbreuk heeft gemaakt op een beschermingswaardige rechtspositie, ook al heeft de schuldeiser geen concrete schade geleden.³⁷

In de literatuur is voorts verdedigd dat het rechtvaardiger zou zijn indien de benadeelde in het kader van winstafdracht ook een recht op ‘vergoeding’ toekomt indien hij geen aantoonbare vermogensschade heeft geleden, maar er wel een verrijking is opgetreden aan de zijde van de bevoordeelde, of als de verrijking groter is dan de verarming.³⁸ De focus ligt hierbij niet op herstel in de oude toestand van de *benadeelde*. Deze benadering is immers moeilijk te verenigen met de afdracht van de genoten verrijking.³⁹ Wanneer de verrijking van de bevoordeelde

³¹ Van Boom 2011, p.165. Zie voorts T.E. Deurvorst, *Schadevergoeding, voldoening van een redelijke gebruiksvergoeding en winstafdracht bij inbreuk op intellectuele eigendomsrechten (diss. Utrecht)*, Deventer: Kluwer 1994.

³² Fruytier, , p. 6.

³³ Tjong Tjin Tai, p. 128. Zie ook Van Boom 2011, p.165.

³⁴ T.E. Deurvorst, 'Winstafdracht: einde aan slapend bestaan van artikel 6:104 BW', *Vermogensrechtelijke Analyses* 2010, p.57-58.

³⁵ A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 105.

³⁶ Linssen, p. 650.

³⁷ A.w., p. 177.

³⁸ M.H. Wissink & W.H. van Boom, *Aspecten van ongerechtvaardigde verrijking (Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht)*, Deventer: Kluwer 2002, p. 75.

³⁹ A.w., p. 76.

doorslaggevend is, en niet de schade van de benadeelde, is het niet nodig om de verarming te begroten. De vordering uit ongerechtvaardigde verrijking strekt dan namelijk tot afdracht van het ten onrechte genoten voordeel dat toekwam aan de verrijkingsschuldeiser. Het volstaat in dat geval om louter de verrijking op een bepaald bedrag te begroten.⁴⁰ Over hoe een oplossing zonder schadevereiste gestalte kan krijgen is echter nog weinig bekend.

3. Winstafdracht naar Zwitsers model

Inspiratie voor het loskoppelen van winstafdracht van het huidige schadevergoedingsrecht kan worden gevonden in het Zwitserse recht. Onder leiding van Zwitserse academici heeft het *Bundesamt* (Federale Dienst van Justitie) het recht op winstafdracht opgenomen in het OR 2020-voorstel.⁴¹ Het voorstel tracht het geldende *Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (hierna: OR AT) systematisch te moderniseren.⁴² Het probeert duidelijke verhoudingen te scheppen tussen de partijen en de toegang tot het recht te vergemakkelijken.⁴³ Het OR AT was in de ogen van de ontwerpers van de OR 2020 toe aan een revisie, omdat het onder andere geen antwoord meer kon bieden met betrekking tot juridische kwesties over het opzeggen van duurovereenkomsten.⁴⁴ Ondanks dat het voorstel nog niet is behandeld in het Zwitserse Parlement, kunnen partijen in

⁴⁰ S.R. Damminga, *Ongerechtvaardigde verrijking en onverschuldigde betaling als bronnen van verbintenissen (dissertatie Nijmegen)*, Deventer: Kluwer 2014, p. 210.

⁴¹ Het OR 2020 is een project gecoördineerd door twee hoogleraren van de Universiteit van Zurich, te weten Claire Huguenin en Retro Hilty. In totaal hebben 23 onderzoekers van alle Zwitserse juridische faculteiten samengewerkt voor de totstandkoming van het voorstel. Het voorstel zal uitgebreid aan bod komen in de editie van oktober/november 2015 van het SWM (*Sweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht*).

⁴² Hondius, p. 376.

⁴³ Nationalrat 2013, Postulat 13.3226; Ständerat 2013, Postulat 13.3217.

⁴⁴ Hondius, , p. 378. Het OR dateert van 1 januari 1912. Grote wijzigingen bleven uit. Hierdoor kon het OR onder andere geen antwoord meer bieden met betrekking tot de ontbinding van duurovereenkomsten. Partijen hebben geregeld de wens om een duurovereenkomst vanaf een bepaalde tijd te ontbinden (ex nunc), in plaats vanaf het begin van de duurovereenkomst (ex tunc). Zie art. 144 OR 2020 met betrekking tot de ontbinding van duurovereenkomsten.

arbitragezaken al een beroep doen op bepalingen uit het OR 2020-voorstel. Zij kunnen het *Schiedsgericht* een beslissing laten baseren op basis van het door partijen aangewezen recht.⁴⁵

Het recht op onrechtmatige winstafracht is niet vastgelegd in het huidige OR.⁴⁶ Het OR 2020-voorstel introduceert het recht op onrechtmatige winstafracht (art. 69 OR 2020). Artikel 69 OR 2020 bepaalt dat, wanneer iemand een norm schendt en/of een inbreuk maakt op een recht van een ander en daardoor winst verkrijgt, de behaalde winst geheel of gedeeltelijk gerestitueerd dient te worden. Deze winst hoeft niet te worden afgedragen indien de inbreukmaker bewijst dat hij bekend noch zich bewust was van de inbreuk van andermans belangen. Het voordeel is ongerechtvaardigd wanneer het is verkregen door de inbreuk op de wettelijk beschermde belangen van een ander (*Eingriffskondiktion*), waarbij een inbreuk kan bestaan uit een inbreuk op een absoluut recht (bijvoorbeeld een intellectueel eigendomsrecht) of uit een inbreuk op een relatief recht (bijvoorbeeld een contractuele verplichting).⁴⁷

De bepaling over winstafracht stelt vier voorwaarden aan de onrechtmatige winstafracht. Er moet in ieder geval (i) een voordeel zijn behaald door de schuldenaar en er dient (ii) sprake te zijn van een inbreuk op een recht. Hiernaast moet (iii) een causaal verband bestaan tussen het voordeel en de inbreuk. Ten slotte moet (iv) de begunstigde kennis hebben van het feit dat hij een inbreuk heeft gepleegd, dan wel had hij moeten weten dat hij deze pleegde. Art. 69 OR 2020 is daarmee gebaseerd op het idee dat de bevoordeelde had moeten weten dat hij zich anders had moeten gedragen dan hij heeft gedaan.⁴⁸—Vooraf in de *Eingriffskondiktion* schuilt een begrenzing van de Zwitserse actie.

De schuldeiser hoeft voor een succesvol beroep op art. 69 OR 2020 slechts aannemelijk te maken dat de realisatie van het behaalde voordeel voortvloeit uit een normschending en/of een inbreuk op een recht. Artikel 70 lid 1 OR 2020 geeft namelijk aan dat de benadeelde niet de

⁴⁵ Zie art. 353 en art. 381 lid 1 Zivilprozessordnung.

⁴⁶ Ondanks dat het recht op winstafracht niet is vastgelegd in het OR, kan de benadeelde op basis van het OR restitutie vorderen van het onrechtmatig behaalde voordeel via de verrijkingsvordering van art. 62 OR, waarover hierna meer, en via de zaakwaarnemingsconstructie van art. 423 OR. De laatste mogelijkheid laten we in dit artikel buiten beschouwing.

⁴⁷ C. Chappuis & J. De Werra, 'Introduction et commentaire des articles 64-72', in: Huguinin & Hilty, *OR 2020 Schweizer Obligationenrecht 2020: Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil*, Zürich: Schulthess 2013, p. 214-215.

⁴⁸ A.w., p. 215.

bewijslast draagt voor het bewijzen van het voordeel, maar dat de begunstigde dient te bewijzen dat er geen onrechtmatig voordeel is behaald. De gedachte hierachter is dat de inbreuk doorgaans evident is voor degene die deze pleegt.⁴⁹ Artikel 70 OR 2020 tracht hiermee in te spelen op de omstandigheid dat de dader zich bewust was van de inbreuk, of dat hij dit in alle redelijkheid had kunnen weten.⁵⁰

Wanneer aan de vereisten voor winstteruggave wordt voldaan, kan de omvang van de af te dragen winst worden bepaald. Om rekening te houden met de verscheidenheid aan mogelijke feiten, bepaalt art. 72 lid 1 OR 2020 dat de rechter beoordelingsvrijheid heeft bij het bepalen van de hoogte van de compensatie.⁵¹ Bij deze beoordelingsvrijheid speelt ten eerste de bescherming van de persoonlijke belangen van de benadeelde een rol (art. 72 lid 2 sub a OR 2020). Wil een belang als persoonlijk worden bestempeld, dan moet het belang van de benadeelde de gemeenschappelijke belangen van de betrokken partijen overstijgen.⁵² Het persoonlijk belang kan als minder groot worden gezien wanneer de prestatie inwisselbaar is.⁵³ Tevens speelt bij de rechterlijke beoordelingsvrijheid de eigen prestatie van de bevoordeelde een rol. Dit is gebaseerd op de gedachte dat het deel van de winst als gevolg van de eigen activiteiten van de dader niet mag worden onderworpen aan een terugkeer naar de benadeelde. Alleen de winst als gevolg van

⁴⁹ A.w.

⁵⁰ A.w.

⁵¹ A.w., p. 221.

⁵² Analooq BG 15 maart 2007, *BGE* 133 III 201, r.o. 5.3 (X. Sa tegen Y. & Z) geldt: hoe groter het persoonlijk belang, hoe groter het bedrag van de sanctie. Een voorbeeld van een aanzienlijk persoonlijk belang wordt ontleend aan een Engelse uitspraak (*Co-operative Insurance Society Ltd vs. Argyll Stores (Holdings) Ltd* II [1997] CLC 114). Huurder heeft verplichtingen uit een commercieel leasecontract verbroken door op een goedkoper terrein zijn supermarkt te exploiteren. De ongerechtvaardigde inbreuk op de overeenkomst zorgde voor het realiseren van meer winst (inclusief het besparen van huur). De lessor gaf aan dat hij een persoonlijk belang had bij de aanwezigheid van de supermarkt op het originele terrein, omdat de supermarkt op het originele terrein interessant was voor andere potentiële huurders, en zodoende meer winst voor de lessor kon opleveren.

⁵³ Chappuis & De Werra, p. 221; wanneer een prestatie van de tegenpartij redelijkerwijs verwisselbaar is, dan is het belang van het uitvoeren van de contractuele verplichtingen onvoldoende om winstteruggave te rechtvaardigen. Inspiratie hiervoor is ontleend aan bijvoorbeeld art. 9:102 (2) (d) PECL ('the aggrieved party may reasonably obtain performance from another source').

de schending van het betrokken recht moet worden afgedragen.⁵⁴ De rechter kan de winstaftocht tevens weigeren op basis van art. 72 lid 2 OR 2020.⁵⁵ De rechter heeft door zijn beoordelingsvrijheid een ruime bevoegdheid om winstaftocht toe te passen, maar kan door zijn beoordelingsvrijheid tevens (de omvang van de) winstaftocht beperken. Hierin schuilt een andere begrenzing voor een te ruime toepassing van de winstaftocht.

Een succesvol beroep op art. 69 OR 2020 heeft tot gevolg dat de winst (gedeeltelijk) wordt gerestitueerd aan de benadeelde partij. Het gaat in dit verband om nettowinst.⁵⁶ Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de mogelijkheid dat bepaalde uitgaven, die nauw samenhangen met het realiseren van de winst, kunnen worden afgetrokken van de winst. Bij een gedeeltelijke restitutie is het mogelijk dat de winst die de restitutie overstijgt toekomt aan de bevoordeelde, ook al is deze behaald door een inbreuk op de wettelijke beschermde belangen van een ander.

Art. 70 lid 2 OR 2020 bepaalt voorts dat de rechter een schatting mag maken van de behaalde winst indien geen cijfermatige onderbouwing kan worden geleverd. Bepaalde uitgaven die besteed zijn aan de realisatie van de winst kunnen worden afgetrokken van de winst, mits de kosten ervan kunnen worden gestaafd.⁵⁷ De kosten voor het behalen van het voordeel moeten worden afgeleid uit het bewijzen van het effectief behaalde voordeel.⁵⁸ Deze kosten worden getoetst aan een redelijkheidscriterium, waarbij de kosten die gemaakt zijn voor andere doelen dan voor het behalen van het voordeel, evenals de kosten die de bevoordeelde zou moeten betalen wanneer de inbreuk op het recht achterwege zou zijn gebleven, niet kunnen worden afgetrokken.⁵⁹ Een voorbeeld van aftrekbare kosten is de huursom die wordt betaald voor de

⁵⁴ Chappuis & De Werra, p. 221, 222. Zie de hierboven genoemde Engelse uitspraak (noot 59). Bevoordeelde gaf aan dat de winst uit de exploitatie van de supermarkt, nadat deze is gevestigd op het goedkopere terrein, mede is opgedaan dankzij de eigen inspanningen van de oorspronkelijke huurder. Deze eigen prestatie dient voor het bepalen van de hoogte van de winstafgifte door de rechter afgewogen te worden tegen het persoonlijke belang van de benadeelde.

⁵⁵ Chappuis & De Werra, p. 222.

⁵⁶ Het gaat hierbij om restitutie van de nettowinst, zie BG 3 maart 2008, *BGE* 134 III 306, r.o. 4.1.1, 4.1.2 (C. Inc. gegen S. AG und T AG); Chappuis & De Werra, p. 218.

⁵⁷ Zie art. 71 OR 2020; Chappuis & De Werra, p. 219.

⁵⁸ Chappuis & De Werra, p. 219; BG 3 maart 2008, *BGE* 134 III 306, r.o. 4.1.3-4.1.5 (C. Inc. Gegen S. AG und T. AG).

⁵⁹ Chappuis & De Werra, p. 219.

huur van het sub-lease-eigendom, waarbij het eigendom na verloop van de overeenkomst nog wordt gebruikt en waarmee de huurder onrechtmatige winst heeft behaald.⁶⁰ Het bewijzen van deze kosten komt voor rekening van de bevoordeelde, waarbij dit bijvoorbeeld kan worden bewezen door middel van een correct bijgehouden boekhouding.⁶¹

4. Inpassing in het Nederlandse recht

Het belangrijkste voordeel van voordeelontneming onder het Zwitserse OR 2020 is dat er geen schadevereiste geldt en er tegelijk grenzen worden gesteld aan het toepassingsbereik (inbreuk op een recht, vrijheid rechter om winstafracht te beperken). De Zwitserse verrijkingsactie zonder schadevereiste kent echter ook beperkingen in het geval de actie zou worden overgenomen in het Nederlandse recht.⁶² Een eerste beperking is dat een verrijkingsactie zonder schadevereiste zou breken met het reparatoire karakter van het (Nederlandse) aansprakelijkheidsrecht en schadevergoedingsrecht. Een dergelijke actie zou in ieder geval spanning veroorzaken met titel 6.1.10 BW. Winstafdracht is onderworpen aan de regels van afd. 6.1.10 BW, maar die afdeling gaat over schade(vergoeding).⁶³ Dit verklaart waarom voor een succesvol beroep op art. 6:104 BW aannemelijk moet worden gemaakt dat er enige schade is geleden, hoewel deze schade niet nauwkeurig hoeft te worden vastgesteld.⁶⁴

⁶⁰ BG 11 januari 2000, *BGE* 126 III 69, r.o. 2c (A tegen B). In dit arrest zou gedaagde bij volledige teruggave van de onrechtmatig behaalde winst 234.000 Zwitserse Franc moeten betalen. De rechter besloot dat de kosten voor de huur (62.370 Zwitserse Franc) afgetrokken konden worden van de onrechtmatig behaalde winst. Gedaagde diende zodoende 171.630 Zwitserse Franc te restitueren aan eiser.

⁶¹ Chappuis & De Werra, p. 219.

⁶² Kritiek op het voorstel is nog niet voorhanden. Navraag bij een van de opstellers van het OR 2020-project leerde dat kritiek mogelijk kan worden verwacht in het najaar van 2015 in een te verschijnen publicatie.

⁶³ A.R. Bloembergen & S.D. Lindenbergh, *Monografieën Burgerlijk Wetboek B-34, Schadevergoeding: algemeen deel 1*, Deventer: Kluwer 2008, p. 2.

⁶⁴ HR 18 juni 2010, *NJ* 2010, 32, r.o. 3.6 (*Stichting Ymere*). Wanneer deze schade niet aannemelijk kan worden gemaakt, kan de rechter niet overgaan tot een abstracte schadebegroting.

Een ander knelpunt ten aanzien van het reparatoire karakter is dat winstafdracht gekoppeld is aan de onrechtmatige daad en de toerekenbare tekortkoming. Zowel art. 6:162 BW als art. 6:74 BW kennen een schadevereiste en sturen daarmee naar titel 6.1.10 BW. Waar winstafdracht de nadruk legt op het ongedaan maken van de vermogensvermeerdering van de schuldenaar, wordt winstafdracht binnen het onrechtmatigedaadsrecht echter primair benaderd vanuit de nadelige gevolgen voor de benadeelde: centraal staat de vraag of de aansprakelijk gestelde persoon met het oog op de (vermogens)belangen van de benadeelde anders had moeten handelen dan hij heeft gedaan.⁶⁵ De grondslagen van art. 6:162 BW en art. 6:74 BW lijken daarmee ongeschikt voor winstafdracht naar Zwitsers model.

Een tweede beperking van een vordering naar Zwitsers model is dat de keuze voor een ongerechtvaardigde verrijkingsactie een weinig gelukkige is in het Nederlandse recht. De ontwerpers van het OR 2020-voorstel hebben het artikel van de onrechtmatige winstafdracht in het derde hoofdstuk van titel 1 van OR 2020 geplaatst, dat betrekking heeft op de schadevergoedingsverplichtingen die ontstaan uit een ongerechtvaardigde verrijking. Naar Zwitsers recht bouwt de rechtsfiguur van winstafdracht (art. 69 OR 2020) voort op de ongerechtvaardigde verrijkingsvordering van art. 62 OR (art. 64 OR 2020). Het Zwitserse leerstuk van de onrechtmatige winstafdracht wordt in de literatuur dan ook gezien als een aanvulling op het verrijkingsrecht.⁶⁶ Het verschil tussen de twee vorderingen is echter dat er voor een vordering op basis van art. 62 OR een ‘verarming’ van de benadeelde vereist is.⁶⁷ Door het opnemen van art. 69 OR 2020 is dit niet langer een vereiste in het geval van afdracht van voordeel.⁶⁸

De grondslag voor het Zwitserse verrijkingsrecht, waar de restitutie van het onrechtmatig behaalde voordeel op basis van art. 62 OR en art. 69 OR 2020 onder valt, wordt gevonden in het ongedaan maken van de vermogensvermeerdering bij de schuldenaar, in plaats van de

⁶⁵ Wissink & Van Boom, p. 74.

⁶⁶ M. Nietlispach, *Zur Gewinnherausgabe im Schweizerischen Privatrecht: Zugleich ein Betrag zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung*, Bern: Stämpfli 1994, p. 124.

⁶⁷ Chappuis & De Werra, , p. 200.

⁶⁸ BG 13 juli 1993, *BGE* 119 II 437, r.o. 3cc (*Dame D tegen J.S.A*); BG 7 juli 2003, *BGE* 129 III 422, r.o. 4 (*A und B tegen Bank X*).

vereffening van de vermogensvermeerdering van de schuldenaar.⁶⁹ Zoals hierboven gesteld, is ook in de Nederlandse literatuur gesuggereerd om het recht op onrechtmatige winstafracht te plaatsen tegen de achtergrond van de ongerechtvaardigde verrijking.⁷⁰

Het is de vraag of de keuze om winstafracht of voordeelsafgifte te zien als een verbijzondering van een ongerechtvaardigde verrijkingsactie een gelukkige is voor het Nederlandse recht. Het onder het OR 2020 geldende vereiste van een inbreuk op andermans belangen waardoor de begunstigde winst heeft behaald (art. 69 en art. 70 lid 1 OR 2020) maakt dat een koppeling met de onrechtmatige daad van art. 6:162 BW meer voor de hand ligt dan met de actie uit ongerechtvaardigde verrijking. Bij een ongerechtvaardigde-verrijkingsactie naar Nederlands recht gelden immers de vereisten van ‘verrijking’ en ‘verarming’ en niet, zoals in Zwitserland, de eis van een inbreuk op een recht.

Winstafdracht als onderdeel van een verrijkingsactie zou in Nederland dan ook op begrenzingsproblemen stuiten. Het potentiële gevaar van een dergelijke voorziening is dat het bereik ervan in beginsel onbeperkt is; dat het mogelijk is om een willekeurige persoon die op onrechtmatige wijze winst heeft verkregen aan te spreken zonder dat er een rechtens relevante relatie tussen eiser en bevoordeelde bestaat. Het zou daarmee mogelijk zijn dat een willekeurige persoon de verkregen winst vordert van een huurder die zijn woning onderverhuurt, terwijl dit door zijn verhuurder contractueel is verboden. Om dergelijke situaties te voorkomen, is enige begrenzing op zijn plaats.⁷¹

Een derde beperking van de Zwitserse verrijkingsactie betreft de vraag of het Zwitserse recht uiteindelijk via de achterdeur een schadevereiste binnenhaalt. Naar Nederlands geldend recht mag een benadeelde niet beter worden van zijn recht op schadevergoeding.⁷² Daarbij komt dat een te ingrijpende abstrahering van het concreet geleden nadeel bij de eisende partij de

⁶⁹ Linssen, p. 490.

⁷⁰ Hartkamp & Sieburgh, nr. 105. Een concrete, noch abstracte schadeberekening is vereist voor het ontstaan van de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking en om de onrechtmatige behaalde winst terug te vorderen, zie Linssen, p. 537.

⁷¹ Het vereiste van ‘inbreuk op een recht’ zou een rol kunnen spelen bij de vraag of de verrijking ongerechtvaardigd is.

⁷² HR 28 april 2000, NJ 2000, 690, m. nt. ARB (*Gemeente Dordrecht/Stokvast BV*).

bandbreedtes van het schadevergoedingsrecht kan overschrijden.⁷³ Ook onder het OR 2020 blijft gelden dat de winst die aan de benadeelde wordt afgedragen het nadeel van die benadeelde niet mag overstijgen.⁷⁴ Hiermee is men terug bij af: het beperken van winstafracht tot de door de benadeelde geleden schade, maakt winstafracht tandeloos.

Hoe om te gaan met deze bezwaren? Er is geen manier om te ontkomen aan het breken met het reparatoire karakter van het (Nederlandse) aansprakelijkheidsrecht- en schadevergoedingsrecht. Om winstafracht naar Zwitsers model over te nemen, dient de focus van benadeling van de gelaedeerde dient te worden verlegd naar bevoordeling van de bevoordeelde. Dit betekent dat voor winstafracht afstand dient te worden genomen van het reparatoire karakter van het huidige schadevergoedingsrecht. Bij collectieve acties die bestaan uit zogenaamde gevallen van strooischade (veel benadeelden met lage schadebedragen) is dit feitelijk al gebeurd.⁷⁵

Het loslaten van het reparatoire karakter sluit aan bij de roep van verschillende auteurs om privaatrechtelijke handhavingsmechanismen te vergroten of versterken. Anderen, Van Boom voorop, hebben in een breder verband betoogd dat de remedies binnen het privaatrecht slechts in beperkte mate effectief zijn in het bereiken van rechtshandhaving en dat naar nieuwe wegen dient te worden gezocht wil die effectiviteit kunnen worden vergroot.⁷⁶ Van Boom noemt in het bijzonder ook winstafracht, daarbij stellende dat ‘afracht van winst die het geleden verlies

⁷³ Linssen, p. 320; Wissink & Van Boom, p. 80.

⁷⁴ Chappuis & De Werra, , p. 221, 222.

⁷⁵ Zie onder andere I.N. Tzankova, *Strooischade: een verkennend onderzoek naar een nieuw rechtsfenomeen*, Sdu Uitgevers: Den Haag 2005.

⁷⁶ Zie onder meer W.H. Van Boom, 'Effectuerend handhaven in het privaatrecht', *NJB* 2007 en W.H. Van Boom, *Efficient Enforcement in Contract and Tort*, Den Haag: BJu 2006; A.L.M. Keirse, *Wat zou een schuldeiser zijn zonder schuldenaar? Een introductie van de schadevoorkomingsplicht (oratie Utrecht)*, Deventer: Kluwer 2009; I. Giesen, 'Herstel als er (juridisch) geen schade is: 'integriteitsschade'', in: Huijsmans & Van der Weij, *Schade en herstel*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2014, p. 45-52, met verdere verwijzingen. Kritischer is J.S. Kortmann, *The Tort Law Industry*, Amsterdam: Vossiuspers 2009 (het aansprakelijkheidsrecht is slechts gericht op compensatie); T. Hartlief, 'Handhaving met smartengeld', *Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade* 2008 ('niet meer dan een bijrol')

overstijgt niet is toegestaan’, maar dat ‘vanuit effectuerend handhaven goede grond [kan] bestaan om de veroorzaker meer te ontnemen dan de benadeelde heeft geleden’.⁷⁷

Het afstand nemen van het reparatoire karakter komt, meer concreet, neer op het loslaten van het schadevereiste en het concept van herstel in oude toestand. Dat dit bij winstafracht problematisch is, blijkt niet alleen uit de toepassing van art. 6:104 BW, maar ook uit de toepassing van art. 27a Aw, dat een grondslag biedt voor winstafracht in het geval van een inbreuk op een auteursrecht. Hoewel art. 27a Aw is bedoeld om piraterij van auteursrechtelijk beschermde werken te voorkomen en te bestrijden,⁷⁸ vindt in de praktijk een koppeling plaats met het schadebegrip. Zo heeft de Hoge Raad in het kader van art. 27a Aw recentelijk nog bepaald dat het artikel

‘[...] waaraan mede dezelfde gedachte ten grondslag ligt als aan art. 6:104 BW, [...] de auteursrechthebbende de mogelijkheid [biedt] in geval van inbreuk schadevergoeding te verkrijgen, begroot op het bedrag van de door de inbreukmaker met de inbreuk behaalde winst, juist teneinde de rechthebbende tegemoet te komen indien zijn schade moeilijk aantoonbaar is, maar de aanwezigheid van enige (vorm van) schade aannemelijk is’ (r.o. 4.2.2)⁷⁹

en dat de

‘[...] tekst en strekking van art. 27a Aw geen aanknopingspunt bieden voor de opvatting dat de vordering tot winstafracht een punitief karakter heeft. Dit laat evenwel onverlet dat de hem in art. 21 en 22 Rv gegeven bevoegdheid de rechter aanleiding kan geven onzekerheden met betrekking tot de omvang van de te begroten winst in het nadeel van de inbreukmaker te laten werken (r.o. 4.2.2).⁸⁰

⁷⁷ Van Boom 2007, p. 989.

⁷⁸ *Kamerstukken II*, 1986-1987, 19 921, nr. 3, p. 2-3.

⁷⁹ HR 14 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3241, *NJ* 2015, 193. Zie reeds HR 16 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU8940, *NJ* 2006, 585.

⁸⁰ HR 14 november 2014, *NJ* 2015, 193.

Het valt op dat de Hoge Raad art. 27a Aw lijkt te beschouwen als vorm van schadebegroting en winstafdracht daarmee verbindt met schade.⁸¹ Bovendien lijkt hij te miskennen dat art. 27a Aw een zelfstandige grondslag biedt, dat wil zeggen een grondslag die los staat van art. 6:162 BW en haar reparatoire karakter.⁸² Aan de andere kant is de praktische uitwerking van art. 27a Aw dat winst wel degelijk kan worden afgeroomd, zelfs als de afgeroomde winst de schade overstijgt. In die zin is het gevolg van de toepassing van art. 27a Aw dat de rechtsgevolgen verder kunnen gaan dan herstel van nadeel aan de zijde van de benadeelde.

Wat de inpassings- en begrenzingskwestie betreft lijkt de keuze voor een ongerechtvaardigde-verrijkingsactie geen gelukkige, in ieder geval niet voor het Nederlandse recht. Ook de verbinding met art. 6:162 BW, art. 6:74 BW en titel 6.1.10 BW is weinig gelukkig. De oplossing zou mogelijk gelegen kunnen zijn in een zelfstandige grondslag voor winstafdracht, met bijpassende remedie. Voor de formulering van een dergelijke bepaling kan worden aangesloten bij het OR 2020, art. 27a Aw en art. 2.21 lid 2 Benelux-verdrag inzake de intellectuele eigendom (BVIE). Dit zou betekenen dat winstafdracht kan worden gevorderd bij een inbreuk op een recht, waarbij een inbreuk kan ontstaan als gevolg van strijd met art. 6:162 BW of art. 6:74 BW. Het verschil tussen een dergelijke winstafdrachtbepaling en de huidige bepalingen (art. 6:162 BW / art. 6:74 BW) is dat voor een vordering tot winstafdracht niet voldaan hoeft te zijn aan het vereiste van schade. Een begrenzing kan mogelijk worden gevonden in een relativiteitstoets (vgl. art. 6:163 BW) of een voldoende-belang-toets (art. 3:303 BW): strekt de geschonden norm ter bescherming van de persoon die de vordering instelt?⁸³ Deze begrenzing voorkomt dat ieder willekeurig persoon met succes winstafdracht kan vorderen in het geval van een inbreuk op een recht.

Het ligt voor de hand om de nieuwe winstafdrachtbepaling buiten het schadevergoedingsrecht te plaatsen. De eerder genoemde rechtspraak over art. 27a Aw laat zien

⁸¹ T.E. Deurvorst, 'Ontwikkelingen op het gebied van schadevergoeding en winstafdracht', *AMI* 2011, p. 128.

⁸² A.w.

⁸³ De relativiteitstoets van art. 6:163 BW vereist dat de geschonden norm strekt ter bescherming van deze persoon tegen deze schade. Zie hierover onder meer HR 7 mei 2004, *NJ* 2006, 281 (*Duwbak Linda*); HR 24 maart 2006, *NJ* 2009, 485 (*Pfizer Health/Cosmétique Health*); HR 10 november 2006, *NJ* 2008, 491 (*Menzis/Astrazeneca*); HR 13 april 2007, *NJ* 2008, 576 (*Iraanse Vluchteling*). Het moge duidelijk zijn dat de term 'schade' in de context van winstafdracht onwenselijk is.

dat het risico bestaat dat winstafracht wordt opgevat als een vorm van schadebegroting, terwijl winst en schade wezenlijk andere concepten zijn.⁸⁴ Plaatsing binnen afdeling 6.1.10 BW, die gaat over schade, is daarom überhaupt problematisch. Daarbij komt dat de door ons voorgestelde bepaling niet alleen de rechtsgevolgen bepaalt ('winstafdracht'), maar ook aansprakelijkheid vestigt ('inbreuk'). Omdat herstel in oude toestand ten grondslag ligt aan het schadevergoedingsrecht en het aansprakelijkheidsrecht als zodanig, is er binnen het BW echter geen logische plaats voor een winstafrachtbepaling zoals hier voorgesteld.

Het bezwaar dat resteert, is het punt dat winstafracht aan een benadeelde mogelijk kan leiden tot *diens* verrijking.⁸⁵ Een oplossing is om winst die de benadeling overstijgt wel te laten toekomen aan de benadeelde, of om die winst anderszins af te romen bij de bevoordeelde, bijvoorbeeld in het geval indien de winst de schade in vergaande mate overstijgt. Deze oplossing vereist echter meer overdenking dan het bestek van dit artikel toelaat, omdat zowel de mogelijkheden als voor- en nadelen nog niet goed zijn te overzien.⁸⁶ Indien de omgekeerde situatie zich voordoet (schade is groter dan de winst), dan zou de benadeelde schadevergoeding boven winstafracht moeten kunnen vorderen en verkrijgen. Dit voorkomt dat zowel winst als schade moet worden aangetoond alvorens kan worden bepaald welk rechtsgevolg het meest geschikt is in een individueel geval.⁸⁷

5. Conclusie

Dit artikel presenteert een alternatief voor de wijze waarop winstafracht thans in het Nederlandse schadevergoedingsrecht geregeld is. Kenmerkend voor de oplossing is dat winstafracht dient te worden losgekoppeld van het huidige schadebegrip. Dit kan door een

⁸⁴ Deurvorst 2011, p. 128.

⁸⁵ Deurvorst 1994, p. 139.

⁸⁶ Zie Deurvorst 1994, p. 203-206, voor een (mogelijk achterhaalde) inventarisatie binnen het Duitse en Amerikaanse recht.

⁸⁷ Zie Deurvorst 2011, p. 128, die aan de hand van een bespreking van het Sjopping-spel-arrest uitlegt waarom het onpraktisch is om zowel winst en schade te moeten vaststellen.

nieuwe grondslag met bijbehorende remedie op te nemen, een oplossing naar Zwitsers model waar schade geen vereiste is.

Onder zowel het Nederlandse recht als Zwitserse recht (OR 2020) geldt dat wanneer de verrijking groter is dan de concreet geleden schade, het gevolg is dat de verrijkte mag behouden wat boven de concrete schade van de verarmde uitstijgt.⁸⁸ Het verdient daarom aanbeveling om onderzoek te doen naar welke mogelijkheden er zijn om te bereiken dat ook de winst bij bevoordeelde kan worden afgeroomd, om te voorkomen dat een bevoordeelde een deel van de onrechtmatig behaalde winst kan behouden.

⁸⁸ Wissink & Van Boom, p. 75, 76.